En principe, sans doute, le mandataire répond de toute faute. Mais, appliqué dans toute sa rigueur, le principe rendrait quasi impossible l'exercice de la profession de médecin. Aussi la jurisprudence a-t-elle tenu compte et des imperfections de la science et de la faillibilité humaine. Un arrêt récent (64 II 200) rappelle, après beaucoup d'autres qu'il cite, ce que l'on est en droit d'exiger du médecin et ce que l'on peut lui imputer à faute. Il ne répond pas de toute méprise, mais seulement d'erreurs inexcusables, de traitements indiscutablement contre-indiqués, de manquements impardonnables aux règles de l'art et d'ignorance des données généralement connues de la science médicale. Toutefois, le praticien doit se tenir au courant des progrès de sa science et de son art ; ce devoir incombe plus particulièrement aux spécialistes pour le domaine de leur spécialité.

Si l'on examine à la lumière de ces principes les avis médicaux donnés sur le traitement institué par le défendeur, les moyens employés, la mise en œuvre de ces moyens, il n'est pas possible de conclure à sa responsabilité.

La question de diagnostic ne se posait pas ; le cas était clair (verruques banales, apparentes, sur la main du patient). Le traitement choisi (diathermocoagulation) était rationnel et préférable à d'autres auxquels le défendeur aurait pu songer. C'est un procédé couramment employé et qui ne présente pas de risques spéciaux. Les experts ont même précisé qu'il comporte seulement 1% de chances d'accident. Aussi bien le demandeur reproche-t-il à tort au défendeur de ne pas l'y avoir rendu attentif. Un pareil devoir n'existait pas en l'espèce, car il y a tout lieu de croire que le patient n'eût pas renoncé à l'intervention si le praticien l'avait informé du risque normal et minime qu'il courait.

Le traitement a été appliqué de façon judicieuse. A dire d'experts, le médicament employé (adrénaline ou panthésine) pour les injections n'a pu provoquer une névrose de la région injectée ; l'instrument utilisé est

d'un usage courant (appareil dit de Baudoin) et le défendeur a procédé selon la technique habituelle de la fulguration. S'il a sous-estimé l'action en profondeur de la coagulation, on ne peut le lui imputer à faute, car l'usage de l'électricité est encore, pour une forte part, empirique. L'élément subjectif personnel du patient, soit notamment l'infériorité de ses tissus, est très difficilement discernable. Dans le cas particulier, la syncope n'était pas une contre-indication. Et, au point de vue objectif, le tissu des verrues se prête mal à l'appréciation. Le défendeur a, d'autre part, tenu compte de la proximité du tendon et a pris des précautions. On ne saurait en tout cas dire ce qu'il aurait négligé de considérer ou de faire.

On doit donc admettre avec les deux juridictions cantonales que l'accident n'est pas dû à une négligence, ignorance ou maladresse du défendeur, mais à une cause imprévisible qui, dans l'état actuel de la science médicale, n'était pas discernable même à un examen attentif et consciencieux.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.

**9. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Februar 1940
i. S. Sellgmann-Gans gegen Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt.**

Kraftloserklärung von Wertpapieren.

1. Als verloren hat ein Wertpapier dann zu gelten, wenn es dem bisherigen Inhaber gegen seinen Willen abhanden gekommen und der neue Inhaber unbekannt ist ; Art. 971, 981, 1074 OR, Erw. 3.
2. *Glaubhaftmachung* des Besitzes und Verlustes ; verbindliche Feststellung des kantonalen Gerichtes. Erw. 4.
3. Die deutsche Verordnung über den Einsatz des jüdischen Vermögens ; Verhältnis zum schweizerischen *ordre public*. Erw. 5.

Annulation de papiers-valeur.

1. Doit être considéré comme *perdu* le papier-valeur dont le titulaire est dépossédé contre sa volonté et dont le nouveau titulaire est inconnu ; art. 971, 981, 1074 CO. Consid. 3.

2. Celui qui demande l'annulation doit rendre vraisemblable sa qualité de titulaire et la perte du papier ; constatation souveraine de cette vraisemblance par le juge cantonal. Consid. 4.
3. Ordonnance allemande sur l'utilisation de la fortune juive ; rapports avec l'ordre public suisse. Consid. 5.

Ammortamento di cartevalori.

1. Deve essere considerata come *smarrita* la cartavalore, il cui titolare è stato spossessato contro la sua volontà e il nuovo titolare è sconosciuto ; art. 971, 981, 1074 CO. Consid. 3.
2. Chi chiede l'ammortamento deve rendere verosimili il possesso e lo smarrimento del titolo ; accertamento vincolante di questa verosimiglianza per opera del giudice cantonale. Consid. 4.
3. Ordinanza germanica sull'utilizzazione dei beni appartenenti ad ebrei ; relazione coll'ordine pubblico svizzero. Consid. 5.

A. — Die früher in Frankfurt a/Main, nunmehr in Villars s/Ollon wohnhaften Eheleute Seligmann-Gans reichten am 12. September 1939 beim Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt ein Gesuch ein um Kraftloserklärung von 712 näher bezeichneten Inhaberaktien der Internationalen Gesellschaft für chemische Unternehmungen A.-G., Basel.

Zur Begründung machten die Gesuchsteller geltend, sie hätten diese ihnen gehörenden Titel seinerzeit bei der Mitteldeutschen Creditbank in Frankfurt a/Main auf ihren Namen deponiert, dieselben aber dann bei ihrer Ausreise aus Deutschland im Herbst 1938 zurücklassen müssen, da ihnen als Nichtariern die Mitnahme von Vermögen verboten gewesen sei. Am 3. Dezember 1938 sei in Deutschland die Verordnung über den Einsatz des jüdischen Vermögens erlassen worden, welche den Depotzwang für sämtliche im Eigentum von Nichtariern befindliche Wertpapiere eingeführt habe. Damit sei den Gesuchstellern die Verfügungsgewalt über die Aktien entzogen worden, was den Verlust ihres Besitzes bedeute. Wo und in wessen Händen sich die Titel heute befänden, sei den Gesuchstellern unbekannt. Verschiedene Anfragen an die Creditbank über den Verbleib der Titel seien unbeantwortet geblieben. Aus dem einer Aufstellung der Bank vom 12. Dezember 1938 beigesetzten Vermerk « Loco Berlin » ergebe sich nur, dass sie sich in jenem Zeitpunkt

irgendwo in Berlin befunden haben müssen. Diese Dislozierung sei selbstverständlich ohne Wissen und Willen der Gesuchsteller erfolgt. Seither fehle überhaupt jede Spur von den Aktien. Besitz und Verlust seien somit gemäss Art. 981 Abs. 3 OR glaubhaft gemacht. Dabei falle in Betracht, dass die deutsche Verordnung vom 3. Dezember 1938 durch die Sonderbehandlung einer rassenmässig bestimmten Personengruppe der schweizerischen öffentlichen Ordnung widerspreche und deshalb unbeachtlich sei.

B. — Das Zivilgericht wies das Gesuch durch Urteil vom 20. Oktober ab, mit der Begründung, dass der Verlust der Titel nicht glaubhaft gemacht sei.

C. — Gegen dieses Urteil haben die Gesuchsteller die zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag, es sei dem Begehren um Kraftloserklärung der Aktien zu entsprechen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

3. — Um die Kraftloserklärung zu erwirken, hat der Gesuchsteller gemäss Art. 981 Abs. 3 OR den Besitz und den Verlust des Wertpapieres glaubhaft zu machen.

Was unter Verlust zu verstehen ist, wird weder in Art. 981 OR noch in andern Bestimmungen über die Kraftloserklärung von Wertpapieren ausgeführt. In der allgemeinen Bestimmung des Art. 971 ist von vermissten Wertpapieren die Rede, Art. 987 spricht von abhanden gekommenen Coupons. Nähere Anhaltspunkte ergeben sich analogieweise aus der Vorschrift des Art. 934 ZGB, wo die Rückforderung abhanden gekommener Sachen (vgl. das Marginale) geregelt ist ; die Rückforderung wird gewährt für Sachen, die dem Besitzer gestohlen werden, verloren gehen oder sonstwie gegen seinen Willen abhanden kommen. Im gleichen Sinne ist offensichtlich auch der Begriff des Verlustes in Art. 981 OR zu verstehen.

Allein die Tatsache, dass dem Besitzer die Wertpapiere gegen seinen Willen abhanden gekommen sind, genügt

noch nicht, um einen Anspruch auf Durchführung des Amortisationsverfahrens zu begründen. Als weitere Voraussetzung muss hinzukommen, dass der gegenwärtige Inhaber des Wertpapiers *unbekannt* ist. Das ergibt sich, wie schon das Zivilgericht ausgeführt hat, aus dem Zweck des Verfahrens, den bisherigen Inhaber, dem das Wertpapier gegen seinen Willen abhanden gekommen ist, gegen den jetzigen, unbekannteten Inhaber zu schützen. Demgemäss bestimmt Art. 983 OR ausdrücklich, dass der Richter durch öffentliche Bekanntmachung «den unbekannteten Inhaber» zur Vorlegung des Wertpapiers aufzufordern habe, und in gleicher Weise setzt Art. 1074 für die Kraftloserklärung von Wechsellern voraus, dass der Inhaber der Urkunde unbekannt sei. Ist er bekannt, so kann nicht das Amortisationsverfahren Platz greifen, sondern der frühere Inhaber hat in diesem Falle gegen den neuen auf Herausgabe des Papiers nach den Besitzesregeln zu klagen (so für den Wechsel ausdrücklich Art. 1073 OR; im übrigen vergl. STAUDINGER, Kommentar z. BGB, § 799, ZIMMERLI, Die gerichtliche Kraftloserklärung von Wertpapieren, Diss., S. 46).

Die Beschwerdeführer wenden demgegenüber ein, es sei überhaupt nicht erforderlich, dass sich das Wertpapier im Besitze eines neuen Inhabers befinde, vielmehr könne die Durchführung des Amortisationsverfahrens auch verlangt werden, wenn z. B. das Papier verbrannt oder sonstwie vernichtet sei. Das trifft gewiss zu, bedeutet aber entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer keineswegs, dass bei Verlust des Wertpapiers ein Anspruch auf Durchführung des Verfahrens auch dann besteht, wenn der neue Inhaber bekannt ist. Denn mit der hier vertretenen, dem Wortlaut entsprechenden Auslegung des Gesetzes will selbstverständlich nicht gesagt sein, dass sich das Papier auf jeden Fall in den Händen eines, zwar unbekannteten, neuen Besitzers befinden müsse; es wird damit nur negativ vorausgesetzt, dass es sich nicht in den Händen eines bekannten neuen Inhabers befinden

dürfe. Das ist aber auch dann der Fall, wenn überhaupt niemand das Papier besitzt, so wenn es z. B. gänzlich verloren oder vernichtet ist.

4. — Die Annahme des Zivilgerichtes, der frühere Besitz der Beschwerdeführer an den Aktien sei glaubhaft gemacht, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Zur Glaubhaftmachung des Verlustes verweisen die Beschwerdeführer auf ihre unbeantwortet gebliebenen Anfragen an die Mitteldeutsche Creditbank, auf den Vermerk «Loco Berlin» in den Depotaufstellungen der Bank und auf die deutsche Verordnung über den Einsatz des jüdischen Vermögens vom 3. Dezember 1938.

Das Zivilgericht erklärt hiezu, die Beschwerdeführer seien für die Verweigerung der Antwort jeden Beweis schuldig geblieben. Sie hätten es unterlassen, die Kopien ihrer angeblichen Anfragen an die Bank ins Recht zu legen oder sonstige Beweismittel anzurufen. Der Vermerk «Loco Berlin» sodann in der Depotaufstellung vom 31. Dezember 1938 genüge für den Nachweis des Verlustes nicht. Die Aktien seien in dieser Aufstellung nach wie vor als Eigentum der Beschwerdeführer bezeichnet. Was den Hinweis auf die deutsche Verordnung vom 3. Dezember 1938 betreffe, so hätten sich die Beschwerdeführer auch hier mit allgemeinen Behauptungen begnügt, ohne bestimmte Tatsachen bezüglich der *streitigen* Wertpapiere nachzuweisen.

Das Zivilgericht kommt also zum Schlusse, es sei nicht dargetan, dass die Aktien sich nicht mehr in der Verfügungsgewalt und damit im Besitze der Beschwerdeführer befinden. Diese Feststellung beruht auf den zutreffenden rechtlichen Voraussetzungen, wie sie vorstehend auseinandergesetzt worden sind. Im übrigen beschlägt sie tatsächliche Verhältnisse und stellt das Ergebnis der Beweiswürdigung dar. Sie ist infolgedessen für das Bundesgericht verbindlich (Art. 94 in Verbindung mit Art. 81 OG; vgl. auch BGE 61 II 21 ff).

Die Beschwerdeführer rügen allerdings, das Zivilgericht

habe für den Verlust der Titel den vollen Beweis verlangt, statt sich gemäss Art. 981 und 983 OR mit der Glaubhaftmachung zu begnügen. In der Tat spricht das Gericht bei Prüfung der Unterlagen von fehlendem Beweis und Nachweis. Im Eingang seiner Entscheidungsgründe hält es jedoch ausdrücklich fest, dass die Gesuchsteller Besitz und Verlust der Titel glaubhaft zu machen haben. Es kann deshalb keinem Zweifel unterliegen, dass die Würdigung der Belege unter diesem Gesichtspunkt erfolgt ist und dass die Ausdrücke Beweis und Nachweis im Sinne der Glaubhaftmachung zu verstehen sind.

Ist aber nicht glaubhaft gemacht, dass die Aktien der Verfügungsgewalt und damit dem Besitze der Beschwerdeführer entzogen sind, so muss die Beschwerde als unbegründet abgewiesen werden.

5. — Das Ergebnis wäre übrigens kein anderes, wenn man annehmen wollte, es sei durch den Vermerk « Loco Berlin » in der Depotaufstellung der Bank und durch die deutsche Verordnung vom 3. Dezember 1938 mit hinreichender Wahrscheinlichkeit dargetan, dass der deutsche Staat die Aktien unter Depotzwang gestellt und eingezogen habe.

Besitzer der Titel wäre bei dieser Annahme heute der deutsche Staat, sei es direkt oder über eine der Devisenbanken, bei denen die Wertpapiere jüdischer Eigentümer gemäss § 11 der genannten Verordnung zu deponieren sind. Der neue Inhaber der Titel könnte daher nicht als unbekannt gelten, und eine Kraftloserklärung wäre auf jeden Fall aus diesem Grunde ausgeschlossen. Die Beschwerdeführer müssten ihre Ansprüche auf die Titel gegen den deutschen Staat geltend machen. Welches Verfahren sie dabei einzuschlagen hätten und welche Erfolgsaussichten für sie bestünden, hat hier dahingestellt zu bleiben; diese Fragen haben mit der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Kraftloserklärung nichts zu tun.

Auch die Berufung auf die schweizerische öffentliche Ordnung, mit der die deutsche judenfeindliche Gesetz-

gebung im Widerspruch stehe, vermag den Beschwerdeführern nicht zu helfen. Ein solcher Widerspruch zwischen den schweizerischen Rechtsanschauungen und der genannten deutschen Verordnung als gegeben vorausgesetzt, würde dadurch nichts geändert an der Tatsache, dass sich die Aktien heute in den Händen des deutschen Staates befinden; der gegenwärtige Inhaber wäre also, auch wenn die dem Depotzwang zu Grunde liegende Verordnung für den schweizerischen Richter unbeachtlich bliebe, nichtsdestoweniger nicht unbekannt im Sinne von Art. 981 ff OR. Das verhielte sich selbst dann so, wenn der Depotzwang gemäss der Auffassung der Beschwerdeführer praktisch auf eine Enteignung hinauslaufen sollte.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird abgewiesen.

10. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Februar 1940

i. S. Tobler und Konsorten gegen A.-G. Chocolat Tobler.

Aktienrecht, Verfahren für die Wahl des Vertreters einer Aktionärgruppe im Verwaltungsrat, Art. 708 Abs. 4 rev. OR :

Streitwert : Ist der Streit darüber, nach welchem Verfahren die Wahl zu erfolgen hat, vermögensrechtlicher Natur oder nicht ? Art. 59 und 61 OG.

Verfahren : Die Wahl ist durch die Generalversammlung vorzunehmen auf Grund eines von der betr. Gruppe gemachten verbindlichen Vorschlags, den die Generalversammlung nur aus wichtigen Gründen ablehnen darf.

Société anonyme, procédure à suivre pour élire un représentant d'un groupe d'actionnaires au conseil d'administration, art. 708 al. 4 CO 1937 :

Valeur litigieuse : Le litige relatif à la procédure à suivre pour l'élection porte-t-il sur un droit susceptible d'évaluation pécuniaire ? art. 59 et 61 OJ.

Procédure : C'est l'assemblée générale qui procède à l'élection, mais elle doit, sauf justes motifs, se conformer à la proposition que le groupe dont il s'agit a le droit de lui faire.

Società anonima, procedura da seguire per la nomina di un rappresentante di un gruppo d'azionisti nel consiglio di amministrazione, art. 708 cp. 4 CO riv.